

Actualidad extranjera

ANÍBAL ZÁRATE

Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co

Dos decisiones recientes de las jurisdicciones de la Unión Europea aportan elementos de discusión acerca de la discrecionalidad de las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de la libre competencia económica y, en especial, cuando en ejercicio de potestades sancionadoras proceden a determinar el monto de las multas que imponen a las empresas competidoras en los mercados que vigilan.

En ambos casos, se trata de conocer si la Comisión Europea, autoridad administrativa encargada de la aplicación de las reglas de competencia a nivel de la Unión, goza de un margen de apreciación para determinar cuáles elementos son los que tendrá en cuenta al momento de graduar el monto de las multas que impone a los operadores económicos que incurren en comportamientos contrarios a las normas comunitarias de competencia y para decidir si reconoce o no elementos atenuantes que reduzcan la sanción. En efecto, la jurisprudencia europea bajo examen tiene su origen en la decisión de la Comisión que sanciona a nueve empresas de los sectores metalúrgico y gasífero en algo más de sesenta y un millones de euros¹. En la especie, las empresas son investigadas y sancionadas por su participación en un cartel para fijar precios de productos, repartirse el mercado, establecer cuotas de mercado, repartirse clientes e intercambiar informaciones comerciales sensibles entre proveedores de gránulos de carburo de calcio y de magnesio y de polvo de carburo de calcio, con fundamento en lo establecido en los artículos 81CE y 53 EEE².

- 1 Decisión de la Comisión del 22 de julio de 2009 (2009/560/CE). En Derecho colombiano, las disposiciones que la Superintendencia de Industria y Comercio debe seguir al momento de graduar el monto de las multas de personas jurídicas y naturales se encuentran en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.
- 2 El tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, entró en vigor el primero de diciembre de 2009. De ahora en adelante, la Unión Europea está fundada en dos textos: el Tratado sobre la Unión Europea y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea. El tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea retoma las disposiciones relativas al Derecho de la competencia que antes estaban enunciadas en el tratado que instituía la Comunidad europea (Tratado CE). Los artículos 81 (sobre acuerdos) y 82 (sobre posición dominante) del Tratado CE, fueron objeto de una nueva enumeración y son hoy en día los artículos 101 y 102 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea. Su contenido es el mismo, excepto que las disposiciones del Tratado CE se refieren al mercado común, mientras que las nuevas disposiciones, a un mercado interior. Con el tratado EEE

Las empresas sancionadas contestan la metodología empleada por la Comisión para establecer los elementos a partir de los cuales fija el monto de la sanción (1), así como la manera como la autoridad administrativa valora criterios de reducción y atenuación de las sanciones, en especial cuando las empresas investigadas participan y se acogen a los beneficios del programa de clemencia de la Unión (2).

1. LA DISCRECIONALIDAD DE LA COMISIÓN PARA ESTABLECER LOS ELEMENTOS DE LA SANCIÓN

En la decisión de la Corte de Justicia de la Unión europea³ el interrogante consiste en saber si la Comisión puede establecer el año de ejercicio social que servirá para calcular el tope de la multa, toda vez que esta no puede exceder el 10% de la cifra de negocios realizada durante dicho período. La empresa sancionada, al recurrir la sentencia de primera instancia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, argumenta que este erró al considerar que la Comisión puede determinar libremente el año de ejercicio social que servirá para calcular el tope máximo de la sanción, puesto que el artículo 23, parágrafo 2 del Reglamento 1/2003 establece que este debe ser el "ejercicio social precedente", esto es, el correspondiente al último ejercicio completo que inmediatamente precede la fecha de adopción de la decisión en la que se constata la violación de las reglas de competencia y se infringe la sanción.

En el caso bajo análisis, a pesar de que la sanción es adoptada en 2009, la Comisión Europea establece que la cifra de negocios realizada por la empresa sancionada durante el ejercicio social de 2007 es la que se tiene en cuenta para calcular el tope de la multa y no la correspondiente al ejercicio social de 2008. Para la empresa, la decisión de la autoridad de competencia de tomar la cifra de negocios de 2007 aumenta de forma considerable el monto de la sanción, al tiempo que desconoce lo enunciado por la norma del reglamento de 2003.

¿La discreción de la Comisión Europea le permite apartarse de lo establecido en el reglamento? La Corte de Justicia de la Unión Europea encuentra que la indicación contenida en el reglamento acerca del año de referencia para calcular el tope de la multa tiene por finalidad orientar y permitir conocer más

la mayor parte de las normas de competencia se aplican en todo el territorio del Espacio económico europeo.

- 3 Caso C-90/13 (1.Garantovaná A.S./ Comisión europea) fallo rendido el 15 de mayo de 2014. Se trata de la solicitud de anulación del fallo del 12 de diciembre de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Caso t-392/09) en el que se rechaza el recurso contra la decisión de la Comisión del 22 de julio de 2009 y, en consecuencia, la solicitud de reducción de las sanciones impuestas por la autoridad administrativa a nueve empresas que participaron en el cartel de los reactivos de calcio y de magnesio en las industrias metalúrgicas y gasíferas.

de cerca la situación económica real de la empresa sancionada (punto 16), lo que implica que la autoridad administrativa goza de un margen de discrecionalidad que le permite tomar como referente otro ejercicio social distinto del inmediatamente anterior a la decisión, con el fin de evaluar de forma correcta los recursos financieros de la empresa y asegurarse de que la sanción sea lo suficientemente disuasiva y proporcionada (punto 17).

Del mismo modo, la discrecionalidad de la autoridad administrativa permite evitar maniobras de las empresas tendientes a hacer disminuir el monto de la sanción. La Corte avala en este sentido la observación hecha por el Tribunal de que, en ejecución de una decisión tomada por la asamblea general de la empresa sancionada en junio de 2007, esta vendió, durante el ejercicio social de 2008, varios de sus activos y transformó su valor en plata líquida. Esta operación de la empresa tuvo como consecuencia una caída significativa de su cifra de negocios entre los años 2007 y 2008 y no se inscribía en el cuadro de las actividades económicas normales de una sociedad comercial. La Corte estima entonces que la discrecionalidad con que cuenta la Comisión le permite descartar el ejercicio precedente como elemento para graduar el monto de la sanción que impone a un agente económico del mercado, cuando ella encuentra elementos suficientes para considerar que la finalidad que se busca con la sanción no se alcanzaría. Así mismo, encuentra motivada la decisión del tribunal, toda vez que la cesión de activos realizada por la empresa sancionada no se inscribe en el cuadro regular de las actividades económicas de la empresa, lo que además tuvo por efecto una caída significativa en su cifra de negocios.

Queda por mencionar que el fallo de la Corte no resulta sino lógico en la medida en que el reconocimiento de un carácter imperativo a la referencia contenida en el parágrafo segundo del artículo 23 del Reglamento 1/2003 al "ejercicio social precedente", no solo limita la discrecionalidad de la autoridad de competencia, en este caso la Comisión Europea, sino que constituye una fuerte incitación para que las empresas sancionadas organicen una menor capacidad contributiva y, en un caso extremo, hasta su insolvencia.

2. LA DISCRECIONALIDAD DE LA COMISIÓN PARA VALORAR CRITERIOS DE REDUCCIÓN Y ATENUACIÓN DE LAS SANCIONES

En una segunda decisión, el Tribunal de la Unión⁴ se pronunció sobre otra demanda presentada por una de las empresas metalúrgicas y gasíferas sancionadas contra la decisión de la Comisión de 2009. La empresa austríaca Donau Chemie AG, multada en cinco millones de euros, contestaba únicamente las

4 Decisión del 14 de mayo de 2014, Caso T-30/10.

modalidades de graduación de la sanción empleadas por la autoridad de competencia, toda vez que consideró que el monto de base de la multa fijado no tuvo en cuenta las circunstancias atenuantes a favor de la demandante. Por consiguiente, estima que la Comisión violó lo dispuesto en la Comunicación sobre la clemencia de 2002⁵, así como los principios de igualdad de tratamiento y proporcionalidad. En resumen, la empresa sancionada considera que existe una omisión por parte de la autoridad de competencia al no acordarle una reducción en el monto de la sanción, dadas las particularidades del caso y su grado de participación en el acuerdo.

El Tribunal rechaza el conjunto de argumentos de la demanda que cuestionan las modalidades de graduación de la multa, a la excepción de aquel según el cual la Comisión no tuvo en cuenta la cooperación brindada por la empresa al momento de la investigación administrativa⁶. A pesar de haber sido la primera empresa en contribuir, no obtuvo sino una reducción del monto de base de cálculo de la sanción de un 35%, cuando el punto 23 de la Comunicación de 2002 dispone que la primera empresa que aporte elementos de prueba que tengan un valor agregado significativo en relación con los elementos que ya están en posesión de la Comisión, puede obtener una reducción entre el 30% y el 50%. El valor agregado de las pruebas presentadas en la declaración de Donau Chemie AG consistió en los granulados de carburo de calcio y en haber

5 JOCE, 19 de febrero de 2002, C 45/3. El régimen comunitario de la clemencia se encuentra también definido por una comunicación sobre "la inmunidad de las multas y la rendición de su monto en los casos en materia de acuerdos" de 2006 (JOCE, 8 de diciembre de 2006 C 298/17). En Derecho colombiano, el régimen de los beneficios por colaboración con la autoridad se encuentran consagrados en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 2896 de 2010.

6 Conforme a lo establecido en la Comunicación sobre la clemencia de 2002. Para obtener una inmunidad en las multas, una empresa debe satisfacer múltiples condiciones, definidas de manera detallada en el régimen comunitario. La empresa debe ser la primera que aporte informaciones y elementos probatorios que permitan a la Comisión efectuar una inspección dirigida a descubrir la realización del acuerdo y a constatar la infracción con respecto al acuerdo presumido. Pero además debe cumplir tres condiciones adicionales: en primer lugar, debe aportar una cooperación verdadera, total, permanente y rápida desde que presenta su solicitud de clemencia y todo a lo largo del procedimiento administrativo. Debe además haber finalizado su participación en el acuerdo inmediatamente después de haber presentado su solicitud de clemencia, a menos que, en la opinión de la Comisión, su presencia sea necesaria para garantizar la integridad de las inspecciones, y la empresa no debe haber destruido, falsificado o disimulado pruebas del acuerdo presumido ni haber divulgado su intención de presentar una solicitud, excepto a otras autoridades de competencia (lo que se entiende en especial en el escenario europeo, donde coexisten autoridades nacionales y la Comisión europea). Todas las demás que no cumplan con estas tres condiciones, pero que presenten elementos probatorios que tengan un valor agregado para la investigación que adelanta la Comisión, pueden obtener una reducción que oscila entre el 30% y el 50% del monto de la sanción para la primera empresa, entre el 20 y 30% para la segunda y hasta máximo un 20% para las otras que cooperen.

informado oportunamente a la autoridad administrativa (tan solo una semana después de las operaciones de visita efectuadas en sus locales).

Examinando el carácter apropiado de la tasa de reducción del monto de la sanción acordada a la empresa demandante, el Tribunal niega que la comunicación de 2002 atribuya un poder de apreciación a la Comisión para determinar la tasa de reducción del monto de la sanción que debe acordar con una empresa en recompensa por su cooperación (punto 221). Por el contrario, el juez europeo de primera instancia recuerda que él puede, en ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, reducir o aumentar el monto de la multa impuesta por la Comisión según la tasa de reducción que le parezca apropiada (punto 221). El Tribunal recuerda en primer lugar la fecha en la cual la empresa austríaca comunicó a la Comisión su demanda de clemencia, la cual contenía elementos probatorios de la infracción, y el valor agregado significativo que lo aportado representaba para permitir verificar la infracción relativa a los gránulos de carburo de calcio, así como el hecho de que la demandante fue la primera empresa en informar a la Comisión sobre la existencia de otra violación relativa a los gránulos de magnesio. Todos estos elementos deben ser considerados de manera positiva. En cambio, considera que debe ser tomado de manera negativa el hecho de que las pruebas aportadas por la empresa no presentan ningún valor agregado significativo para el cargo del acuerdo relativo al polvo de carburo de calcio, así como el hecho de que si bien la empresa informó de la existencia de una infracción en materia de gránulos de magnesio, no aportó elementos probatorios de valor agregado que permitieran probar esta infracción. Esos elementos fueron proporcionados después, durante la investigación administrativa por la empresa Degussa (punto 223).

De hecho, si la Comisión retuvo una reducción correspondiente a la base del margen establecido en la Comunicación de 2002, es precisamente porque el valor probatorio aportado por la empresa no se da sino en una de las tres áreas en donde se cometieron infracciones, mientras que la reducción debe ser sobre la totalidad de la sanción impuesta y por el conjunto de temas cobijados por el acuerdo (punto 225). Para el Tribunal, si bien se trata de una única infracción, "es posible hacer una distinción según el aporte de las informaciones suministradas acerca de los diferentes elementos del acuerdo". En este punto, el juez observa que sería contrario a la comunicación sobre la clemencia de 2002 apoyarse, para la reducción del monto de la sanción, en un solo componente de la misma. Tratándose entonces de una infracción única, la reducción del monto de la sanción debe cubrir el conjunto de la sanción impuesta a la empresa en cuestión, sin que sea posible distinguir los diferentes componentes de la infracción única.

Basado en esta constatación, el Tribunal concluye que no convenía tomar en cuenta el hecho de que la multa sanciona su participación, no solo en el componente de la infracción en el cual presentó elementos de prueba de valor agregado significativo, sino además en los componentes de la infracción

en los que no presentó pruebas (punto 229). La empresa, así, presentó a la Comisión elementos de prueba necesarios para probar la infracción con respecto al componente de gránulos de carburo de calcio representados en una reducción entre 30% y 35% de la cifra de negocios global y que ella además llamó la atención de la Comisión sobre la existencia de un tercer componente de la infracción, que si bien no estuvo en medida de proporcionar elementos necesarios para probar su existencia, el Tribunal considera que debe tenerse en cuenta, por lo que anula el artículo 2, literal c, de la decisión atacada y reduce el monto de la multa infligida a 4,35 millones de euros, esto es, un monto que corresponde a una reducción de 43,5% del monto de base de 7,7 millones de euros (punto 231).

Queda por indicar que el Tribunal rechaza el cargo de una determinación errónea del monto de base de la multa. Al respecto, el Tribunal estima que la Comisión motivó correctamente la delimitación de los mercados pertinentes, y además la parte de mercado de la empresa demandante y las partes de mercado acumuladas de las empresas que hacen parte del cartel e incluso la consideración del derecho de entrada a título de la participación a un cartel y el impacto concreto de la infracción sobre la competencia. En consecuencia, nada justificaba apartarse del método de determinación del monto de la sanción empleado por la Comisión en sus líneas directrices. De manera que el 17% del valor de las ventas realizadas en relación con la infracción que retiene la Comisión para fijar el monto de base de la multa resulta apropiado para el caso.

De igual manera, el Tribunal descarta el cargo acerca de la ausencia de consideración de circunstancias atenuantes. Encuentra el juez europeo que la Comisión hizo bien en encontrar que no hay razones atenuantes a acordarle, y rechaza reconocerle un rol pasivo a la demandante en el cartel o la existencia de una amenaza. Tampoco constituye una circunstancia atenuante el mantenimiento de una competencia residual, la ausencia de efecto y la no contestación de los hechos, ni la situación de crisis del sector en cuestión (punto 175).

Por último, estimando que la demandante no se encontraba en una situación comparable a aquella de otra de las empresas del cartel que obtuvo un tratamiento más favorable, el Tribunal descarta el cargo de la violación de los principios de igualdad de trato y proporcionalidad, y considera que la Comisión hizo una apreciación correcta de su capacidad contributiva.

Las jurisdicciones europeas parecen acordar cierta *deferencia*⁷ a la metodología y al análisis económico que realiza la Comisión europea, tal como lo sugiere el caso del cartel de las industrias metalúrgicas y gasíferas presentado. El reconocimiento de un margen de discreción bastante amplio para estable-

7 Sobre la noción de deferencia en derecho administrativo, ver MAY RANDOLPH (2006, vol. 58: 429).

cer los elementos de graduación de la sanción y la valoración de criterios de reducción y atenuación de las sanciones sigue siendo uno de los puntos más discutidos en materia de Derecho de la competencia, sobre todo cuando se traslada al recurso a los programas de clemencia como mecanismo que rompe con los métodos tradicionales utilizados por autoridades europeas y nacionales de la competencia. La insuficiencia del enfoque tradicional de control y monitoreo de los mercados para luchar contra los acuerdos de precios⁸ es uno de los argumentos más fuertes a favor de un programa de clemencia, mecanismo que se muestra como un complemento indispensable del enfoque represivo. Sin embargo, varios son los cuestionamientos que sobre dicha herramienta se han hecho. Así, por ejemplo, la profesora LAURENCE IDOT (2007, alerte 20) indica que estos programas plantean cuestionamientos de orden moral y ético, al tiempo que reconoce que son instrumentos necesarios en la lucha contra las prácticas anticompetitivas (IDOT, 2005: 363). Por su parte, MARIE DOMINIQUE HAGELSTEEN (2001: 4), antigua presidenta del Consejo de la competencia francés, hace ver que "el sistema en su principio no es placentero". Desde el punto de vista económico, estas objeciones se basan en el impacto que tienen sobre los comportamientos de las empresas. Mientras que en presencia de acuerdos ya constituidos, los economistas admiten la eficacia de estos programas, en la medida en que aumentan la probabilidad de un desistimiento de uno de sus participantes; situación contraria ocurre en ausencia de carteles, puesto que los programas incitarían a las empresas a constituir carteles, ya que la clemencia les permitiría escapar a sanciones pecuniarias fuertes (MOTTA y POLO, 2003: 347). Estos análisis económicos, fundados sobre modelos matemáticos de comportamientos de empresas industriales, son a su vez cuestionados por quienes consideran que se presenta en términos generales y no con respecto a un programa de clemencia determinado, sobre todo si se tiene en cuenta que las condiciones de acceso a la clemencia son variables en el espacio y tiempo (FLOCHEL, 2008). Estas objeciones a los programas de clemencia ponen de presente lo que a nuestro parecer constituye el núcleo del asunto: la ausencia de recursos suficientes con los que cuentan las autoridades de competencia para perseguir de manera intensa los carteles, lo cual tendría sin duda un efecto disuasivo importante para las empresas.

Terminamos esta presentación de la actualidad extranjera, en esta ocasión desde un análisis de algunos desarrollos recientes en el Derecho de la Unión

8 Para algunos economistas, quienes basados sobre modelos matemáticos, como el profesor FABIO GHEZZI, la probabilidad de que la existencia de un acuerdo sea probada es muy baja, cercana a un 14%. De ahí que sea importante hacer recurso a programas como la clemencia.

Europea y sus instituciones, indicando que la Comisión Europea puso en línea el pasado 6 de mayo de 2014 su informe anual sobre la política de competencia correspondiente al año 2013⁹. Como en años anteriores, la entrega se presenta en un documento principal (25 páginas) que contiene las grandes orientaciones de la política de competencia seguidas por la Comisión durante el año pasado. Este documento principal está acompañado de un documento de trabajo (74 páginas), en el que están consagrados los diferentes trabajos de revisión en curso de las reglas europeas de la competencia. En este último documento es posible encontrar informaciones de la revisión de la comunicación sobre los acuerdos de importancia menor que debe ser adoptado durante el año en curso. Además, se plantea una posible modificación del reglamento de integraciones empresariales, en lo relacionado con la ampliación del control de la Comisión a ciertas tomas de participación minoritarias sin control, así como a la mejora de la eficacia y la fluidez del sistema de reenvío de casos al interior de la Red europea de la competencia, reforma que de todos modos no está llamada a operar antes de que finalice el mandato de la actual Comisión. En esta materia se tiene solo previsto para el año 2014 la publicación de un libro blanco. El documento de trabajo que acompaña el informe anual de competencia comporta también desarrollos circunscritos a los principales sectores de actividad, dando prioridad a sectores estratégicos para la Unión, como son la energía y el medio ambiente, las nuevas tecnologías y el sector de las comunicaciones, servicios financieros, de salud y de transporte. Por otra parte, el informe da cuenta de la aplicación de reglas relativas a las prácticas anticompetitivas que realizó la Comisión para frenar las tentativas de empresas dominantes tendientes a evitar que nuevos entrantes penetren en los mercados donde están presentes y generen una competencia más efectiva. Por último, en cuanto a los desarrollos consagrados a las normas *antitrust* y al control de concentraciones, es posible también dirigirse al documento de trabajo de los servicios de la Comisión que se acompañan al informe de la Comisión de 2013. En ese documento (53 páginas), la Dirección general de la competencia evoca las evoluciones destacadas en la materia, que se trate de la práctica decisoria o bien de los fallos más importantes de las jurisdicciones de la Unión Europea en materia de *antitrust* o de control de integraciones. El documento de la Comisión puede consultarse en el siguiente vínculo: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2013/part1_es.pdf

9 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. COM (2014) 249 final.

REFERENCIAS

- FLOCHEL, LAURENT (2008). "Analyse économique", en *Revue Lamy de la Concurrence*, 04-2008, n.º 15.
- HAGELSTEEN, MARIE-DOMINIQUE (2001). "Il est important de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles", *Petits Affiches*, 2 janvier 2001.
- IDOT, LAURENCE (2005). "Une question d'actualité en droit de la concurrence: les programmes de clémence et internationalisation", en *Droit et actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec.
- IDOT, LAURENCE (2007). "Vers une consécration progressive d'un modèle européen en droit de la concurrence: aujourd'hui, la clémence; demain, les actions en dommages et intérêts?", en *Europe*, alerte 20.
- RANDOLPH J., MAY (2006). "Defining Deference Down: Independent Agency and Chevron Deference", en *Admin. L. Rev.*, vol. 58.
- MOTTA, MASSIMO y MICHELE POLO (2003). "Leniency programs and cartel prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, 21.